

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

Proceso : Ordinario de Segunda Instancia
Demandante : **ADRIANA D'ETTORRE GALLO**
: **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**
Demandados : **CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA**
: **COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**
Radicado : **05001 31 05 004 2019 00576 01**
Providencia : Sentencia
Temas y
Subtemas : Seguridad Social –Ineficacia traslado de régimen -
Decisión : **Confirma** Sentencia condenatoria
Sentencia No : **165**

En la fecha antes anotada el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por las Magistradas **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL, CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO y MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ, como ponente**, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado, que se traduce en la siguiente decisión¹:

¹ De conformidad con lo establecido en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, que modificó el trámite en los procesos de la jurisdicción Laboral.

ANTECEDENTES

Pretensiones:

Declarar la ineficacia de la afiliación de la señora Adriana D'ettore Gallo a Protección S.A. por haberse omitido la asesoría oportuna, suficiente y adecuada, por lo cual el acto jurídico no produjo efectos, debiéndose entender que estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrada hoy por Colpensiones o en subsidio declarar que así se encuentre en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), para el reconocimiento de la pensión se deben aplicar los parámetros del RPMPD. **Ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes cotizados, incluyendo rendimientos, sin descontar gastos de administración ni cuotas por seguros previsionales** y a título de perjuicio, cancele a esa entidad el cálculo actuarial para que reconozca la pensión de vejez. **Subsidiariamente se ordene a Protección S.A., al momento de cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación pensional por parte de la demandante, reconocerla con los beneficios como si estuviera en el RPMPD.** Pago de Costas del proceso.

Hechos relevantes de la demanda:

Afirma la apoderada, en términos generales, que la demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) a través del I.S.S., hoy Colpensiones; trasladándose a partir del año de 1998 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por Protección

S.A., la cual no ejerció la función de información y asesoramiento adecuado, pues al momento de la afiliación no le explicó las consecuencias de trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual, máxime que en el caso de ella le era más beneficioso continuar en el primero.

Cuenta que en el año de 2019 Protección S.A. le hizo una proyección de su pensión, arrojando que le era más favorable el RPMPD.

RESPUESTA A LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada, expuso que no es cierto que al momento de la afiliación no se hubiere brindado Información completa a la demandante, pues el asesor encargado se ocupó de brindarle una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, así como todas las diferencias que existen entre ambos regímenes pensionales señalando con total claridad que ambos son excluyentes y traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona y luego de recibir esta ilustración honesta y transparente, la actora decidió afiliarse libre de todo error en forma consciente e informada.

Propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe y falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal.

Y **COLPENSIONES** a través de apoderada judicial, aceptó los hechos relativos a la afiliación inicial de la demandante al régimen de prima media y su posterior traslado al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda y propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de obligaciones, prescripción, cobro de lo no debido y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia:

El **Juzgado Cuarto Laboral** del Circuito de Medellín, **declaró la ineficacia del traslado** de la señora Adriana D'ettore Gallo, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD- administrado hoy por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, administrado por Protección S.A., siendo válida su afiliación en el RPMPD sin solución de continuidad; **ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones a su satisfacción, todas las sumas recibidas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como aportes, cotizaciones y rendimientos financieros; las primas de seguro previsional, aportes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y gastos o cuotas de administración, debidamente indexados** desde su causación y hasta su pago; la AFP entregará la información relevante, detallada y pormenorizada en ciclos y valores, concediéndole el término de

treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la Sentencia para cumplir con el traslado de los dineros. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora, reciba los valores del RPMPD, actualizando la historia laboral incluyendo los aportes provenientes del RAIS y brinde todas las garantías de la afiliación **y condenó Costas a cargo de Protección S.A.**, fijando las agencias en derecho en cuantía de **\$2.500.000,00** en favor de la parte actora; sin costas a cargo de Colpensiones.

Recurso de Apelación:

El apoderado de Colpensiones formuló recurso de Apelación, indicando que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al configurarse los requisitos de forma y de fondo para ser válido y haber cumplido la AFP los requisitos que para ese momento se exigían, en cuanto a los deberes de información, asesoría y buen consejo. Agrega que la razón de inconformidad de la demandante es la diferencia de mesada pensional, lo cual no invalida el consentimiento, ni genera ineficacia de la afiliación, pues la realidad es que ello es una falla estructural del mismo sistema del régimen de ahorro individual, no atribuible a los fondos de pensiones, no siendo indicativo de una violación a los deberes de los mismos.

Conforme a lo anterior, solicita se revoque la Sentencia de Primera Instancia.

Alegatos de conclusión:

El apoderado de Colpensiones reiteró los argumentos

expuestos al sustentar el recurso de Apelación, indicando además que la ineficacia resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como su mandante quien no es el llamado a que le recaigan los efectos de un acto jurídico de afiliación en el cual no medio y no tuvo injerencia alguna.

Manifiesta que si bien se respetan los precedentes establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia, sobre la carga de la prueba, los mismos ponen siempre en una situación favorable y ventajosa al trabajador afiliado en detrimento de los intereses de las AFP, que cumplieron con lo que se exigía para el momento de afiliación, pues las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación y requerir mayor diligencia y cuidado a los fondos, sobre obligaciones inexistentes o presuntas, va en contravía del debido proceso y de la confianza legítima no solo de las AFP sino también de Colpensiones.

Solicita se absuelva a su mandante de todas las condenas que le fueron impuestas.

Agotado el trámite procesal correspondiente a este tipo de procesos sin que se aprecie causal alguna de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver el asunto de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de **Apelación** y se conocerá en **Consulta** en

favor de Colpensiones en lo que no fue objeto de Apelación; de conformidad con lo establecido en los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, 15, 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, respectivamente.

Conflicto Jurídico:

El asunto a dirimir, radica en verificar si es procedente revocar la Decisión de Primera Instancia, constatándose si produjo efectos la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección S.A. o si hay lugar a declarar su ineficacia, con las consecuencias y análisis de las pretensiones solicitadas en la demanda. Se revisará en Consulta si se encuentran ajustadas a derecho las órdenes impuestas a cargo de Colpensiones.

Encontrando esta Sala de Decisión Laboral procedente confirmar la Sentencia de Primera Instancia; por las siguientes razones:

1º Ineficacia de traslado de régimen pensional:

Respecto a las inconformidades formuladas en el recurso de Apelación por el apoderado de Colpensiones, tenemos que:

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido unánime en indicar que es deber de la Administradora de Fondo de Pensiones, en estos casos, el de

informar en debida forma al afiliado; decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales; siendo atribuida al Fondo de Pensiones, no al afiliado, la carga de la prueba, para demostrar que cumplió con dicho deber de información.

Es así como desde la **Sentencia del 9 de septiembre de 2008 Radicado 31989**, reiterada en **Sentencia SL 3496 del 22 de agosto de 2018 Radicado 55013**, se indicó que **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, ya que la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes**, la posición anterior ha sido reiterada en las Sentencias SL 731 del 2 de marzo de 2020 Radicado 77535 y SL 1688 del 8 de marzo de 2019 Radicado 68838.

En **Sentencia SL5680 de 2021**, reiteró que para la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, no se exige que el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado; lo genera como consecuencia, que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media, el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo que no se transgrede el principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte, en Sentencia del 22 de noviembre de 2011 Radicado 33083, se reiteró por la Corte que es un deber de las AFP desde la perspectiva de los artículos 48 y 335 de la Constitución Política prestar de forma *eficiente, eficaz y oportuna* todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, además de que los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 les establecen obligaciones de carácter especial que las sitúan en el campo de la responsabilidad profesional, las que deben ser cumplidas “...*con suma diligencia, con prudencia y pericia...*”.

De igual forma, la Alta Corporación en **Sentencia SL373 de 2020, en la que se reitera lo indicado en la SL1688 del 8 de mayo de 2019 Radicado 68838**, señaló en lo relativo al formulario de afiliación que “...*la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado...*” (En el mismo sentido se pronunció en **SL5595 de 2021 Radicado 87406**).

En Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 Radicado 46292, se indicó que es eficaz cualquier determinación personal sobre traslado de régimen, **cuando existe un consentimiento informado** y que **dicha información comprende no solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión**; en la **SL 17595 del 18 de octubre de 2017 Radicado 46292**, se amplía el concepto hacia la libertad informada, precisando que para que se entienda que la afiliación fue hecha de manera libre y voluntaria, se debe

verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez los beneficios que obtendría, es decir, que se demuestre que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada, que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente; en concreto indicó *“...no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...”* (Criterio reiterado en **SL5585 de 2021** Radicado 86917).

Y en **Sentencia SL782 del 14 de marzo de 2018 Radicado 58158**, indicó que no puede afirmarse la existencia de una manifestación libre y voluntaria, cuando la persona desconoce cómo puede incidir esa decisión en su derecho pensional, estando a cargo de la AFP, dar cuenta de que documentaron en forma clara y suficiente, las consecuencias del traslado.

Así las cosas, de la normatividad y jurisprudencia referidas, se tiene que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, tienen la obligación de brindar toda la información requerida a los potenciales afiliados, respecto de las ventajas y desventajas de su traslado, realizando proyecciones de su posible mesada pensional y los requisitos que debía cumplir para acceder a la pensión de vejez, para con ello tomar una decisión debidamente informada en cuanto a su cambio de régimen; siendo carga de la prueba de dichas Administradoras, demostrar la debida información; ver Sentencias de la Sala de

Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 731 del 2 de marzo de 2020 Radicado 77535; SL 373 del 12 de febrero de 2020 Radicado 71211; SL 1688 del 8 de mayo de 2019 Radicado 68838 y la SL4964 del 14 de noviembre de 2018 Radicado 54814.

Una de las consecuencias al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, es que la afiliación al RAIS no genera efectos jurídicos, conforme a la normatividad y jurisprudencia antes citadas; **quedando a cargo de la AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo los gastos de administración, cuotas destinadas a cubrir los seguros previsionales y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima;** siendo ello necesario por cuanto Colpensiones es la entidad que en su momento, deberá asumir el reconocimiento de las prestaciones económicas inherentes al sistema de pensiones, para lo cual requiere los recursos correspondientes, conforme a la Ley, para su financiación (Ver Sentencias de la H. Corte SL2209-2021, SL2001-2021, SL2021-2021, SL1949-2021, SL1452 de 2019 Radicación No 68852, SL1688 2019 Radicación No 68838, SL4964 de 2018 H. CSJ Sala de Casación Laboral).

Así mismo, la Alta Corporación tiene señalado que la declaración de ineficacia obliga a las entidades administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a **devolver los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades o patrimonio;** por ejemplo, en **Sentencia SL3464 del 14 de agosto de 2019 Radicado 76284**, indicó que “...los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha

dicho que **esta declaración obliga las entidades del régimen de Ahorro Individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **CSJ SL 31989, 9 SEPT 2008, CSJ 4964-2018, CSJ SL 1421-2019 Y CSJSL1688-2019...**” (Negrillas fuera de texto); postura reiterada en Sentencias SL1834 de 2022 Radicado 88421, SL2207 de 2021 Radicado 84578, SL2209 de 2021).

Sumas que deben trasladarse debidamente **indexadas**, tal como lo tiene señalado el Órgano de Cierre de la especialidad laboral en Sentencias como como las SL 1022, SL 1017 y SL 1125, todas ellas del año 2022.

En el presente caso tenemos que:

Como se explicó y se precisa por la jurisprudencia antes referida, por carga de la prueba correspondía a Protección S.A. demostrar que cumplió con el deber de brindar la información completa, clara, precisa, transparente, mostrando las ventajas y desventajas del traslado y las condiciones en que podría pensionarse la demandante en ambos regímenes, explicándole las consecuencias de trasladarse al RAIS con las perspectivas pensionales, especificando la edad exigida para adquirir el derecho, las modalidades, el monto de la prestación, semanas de cotización y capital requerido; sin embargo, no obra prueba documental o testimonial de la cual se constate se suministró asesoría alguna a la señora Adriana D'ettore Gallo sobre dichos aspectos al momento de su afiliación, debiendo ese acto haber correspondido a una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre las consecuencias del traslado, en todas sus

dimensiones legales, procediendo la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Lo anterior anotándose que no tiene incidencia alguna lo aducido por el recurrente en cuanto a que la inconformidad de la demandante es la diferencia de mesada pensional, pues lo que se analiza en estos casos es la ineficacia del acto de traslado de régimen por la falta al deber de información por parte del fondo administrador de pensiones del RAIS, sin que por tanto tal motivación de la actora para trasladarse sea una razón para no declarar ineficaz su traslado.

Y en cuanto a lo normativamente se exigía para el momento del traslado de régimen de la demandante, tenemos que el Decreto 663 de 1993, *“Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”*, aplicable a las AFP desde su creación, estableció en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Sobre la norma anterior, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia 4336 del 4 de noviembre de 2020, reiterando su jurisprudencia, concluyó que *“desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».*”

Y en la Sentencia SL 4070 del 30 de noviembre de 2022, en la cual se reiteran la Sentencias SL373-2021, SL1452, SL1688 y SL1689, estas 3 últimas del año 2019, se precisó por la H.

Corte:

“...la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Por todo lo anterior, se **confirmará** la Sentencia de Primera Instancia, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no haberse demostrado por la AFP el cumplimiento del deber de información, en la forma señalada en la normatividad y jurisprudencia citadas, teniendo ésta la carga de la prueba.

2º Consulta en favor de Colpensiones frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen del demandante:

Se encuentra conforme a derecho la orden impuesta a Colpensiones, consistente en permitir el traslado de la demandante al RPMPD brindando todas las garantías de la afiliación, actualizando la historia laboral sin solución de continuidad y recibir los dineros cuyo traslado se ordenó a cargo de la AFP; toda vez que Protección S.A. no cumplió con el deber de asesoría, brindando la información completa y necesaria, en los términos antes explicados.

COSTAS:

Se condenará en Costas a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, al no haber prosperado el recurso de Apelación presentado; fijándose como agencias en derecho la suma \$1.160.000,00 en favor de la demandante; ; de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 365, artículo 366 del Código General del Proceso y Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia de Primera Instancia, de la fecha y procedencia conocidas, que por vía de **Apelación** se revisa y en el grado jurisdiccional de **Consulta** en favor de Colpensiones; de conformidad con lo explicado en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR en Costas en esta Segunda Instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES;** fijándose las agencias en derecho

la suma de **UN MILLÓN CIENTO SESENTA MIL PESOS M/L (\$1.160.000,00)** en favor de la demandante; según lo indicado en la parte motiva., según lo explicado en la parte motiva de esta Providencia.

TERCERO: Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, por el término de un (1) día; se ordena devolver el proceso al Despacho de origen. En constancia se firma por quienes en ella intervinieron.

Las Magistradas,



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SECRETARIA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL**

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso	: Ordinario de Segunda Instancia
Demandante	: ADRIANA D'ETTORRE GALLO
Demandados	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-
Radicado	: 05001 31 05 004 2019 00576 01
Providencia	: Sentencia
Temas y Subtemas	: Seguridad Social –Ineficacia traslado de régimen -
Decisión	: Confirma Sentencia condenatoria
Sentencia No	: 165

FECHA SENTENCIA:

25 de agosto de 2023

Fijado hoy martes 29 de agosto de 2023 a las 8:00 a.m.

Desfijado hoy martes 29 de agosto de 2023 a las 5:00 p.m.

Lo anterior con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 ibídem. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del termino de fijación del edicto.

RUBEN DARIO LÓPEZ BURGOS
Secretario